

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 29 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu 29 września 2014 r. wniosku z dnia 25 września 2014 r. o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wniesionego przez Zakład Gospodarowania Odpadami spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Kontrakt nr 1 „Projektowanie i budowa instalacji do odzysku odpadów biodegradowalnych zlokalizowanej w Poznaniu”*

**postanawia:**

**odmówić uchylenia zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze**

**U z a s a d n i e n i e**

Pismem z dnia 25 września 2014 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w tej samej dacie, Zamawiający, Zakład Gospodarowania Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu, złożył wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, wszczętego, w wyniku wniesienia odwołania przez wykonawcę Dimark spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Złotkowie.

W uzasadnieniu swojego wniosku, skierowanego w trybie art. 183 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.], Zamawiający, wnosząc o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu

ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, podniósł, iż w wyniku szczegółowego badania i oceny złożonych ofert, po uzyskaniu od wykonawców niezbędnych wyjaśnień i uzupełnień, w dniu 12 września 2014 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eggersmann Anlagenbau Kompoferm GmbH oraz Grzegorza Fornalczyka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Budowlana „EUROBUD” [Konsorcjum Eggersmann]. Oferty pozostałych dwóch wykonawców, w tym również oferta Odwołującego, zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, tj. ze względu na ich niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ]. Wobec odrzucenia oferty DIMARK, a także rzekomego zaniechania wykluczenia z postępowania zwycięskiego Konsorcjum Eggersmann, DIMARK wniósł w dniu 19 września 2014 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający podał, że odwołanie DIMARK jest bezzasadne, a przedstawione w nim zarzuty gołosłowne i niepoparte żadnymi dowodami. Powodem odrzucenia oferty Odwołującego była niezgodność jego oferty z treścią SIWZ w zakresie: ilości hal technologicznych oraz liczby strumieni odpadów trafiających do instalacji fermentacji suchej. Jeżeli chodzi o halę technologiczną, to Zamawiający wymagał w pkt. 4.5.2. Opisu Przedmiotu Zamówienia [OPZ lub PFU] aby stanowiła ona jeden obiekt pod względem architektonicznym i konstrukcyjnym, z wydzielonymi na jej powierzchni i przestrzeni strefami funkcjonalnymi i instalacjami. Tymczasem w wyjaśnieniach z dnia 4 sierpnia b.r. Odwołujący oświadczył, że przedstawiony w ofercie schemat technologiczny instalacji nie uwzględnia hali przyjęcia i przygotowania wsadu, co tym samym oznacza, iż Odwołujący zaoferował realizację dwóch hal, co pozostaje w sprzeczności z ww. wymaganiami Zamawiającego. W zakresie zaś liczby strumieni odpadów kierowanych do instalacji fermentacji suchej oraz instalacji kompostowania, stanowiącymi kolejne po sobie etapy funkcjonowania całego zakładu, Odwołujący zaoferował Zamawiającemu technologię uwzględniającą łącznie trzy strumienie [frakcje] kierowane do tych instalacji, co znalazło potwierdzenie w wyjaśnieniach Odwołującego, a nawet w treści odwołania. Zamieszczony na stronie 10 odwołania rysunek pochodzący z oferty Odwołującego oraz przedstawione pod nim wyjaśnienia Odwołującego wyraźnie potwierdzają, iż do komór fermentacji oraz komór kompostowania wprowadza się trzy, a nie jak wymagał Zamawiający dwa strumienie odpadów. Zamawiający na tę okoliczność przedstawił kopię odwołania z dodatkowo powiększonym rysunkiem zawartym w odwołaniu. W ocenie Zamawiającego, takie oczywiste odstępstwo od wymagań Zamawiającego nie dość, że stanowi o sprzeczności oferty z treścią SIWZ, to dodatkowo realizacja inwestycji według odmiennej technologii zaoferowanej przez Odwołującego

więzwałyby się również z dużo większymi kosztami utrzymania i eksploatacji wybudowanej w ten sposób instalacji, a także z istotnymi uciążliwościami zapachowymi dla pracowników Zamawiającego obsługujących instalację. Skutków takich chciał zaś Zamawiający uniknąć właśnie poprzez świadomą redukcję liczby strumieni odpadów wprowadzanych do komory fermentacji i poprzez precyzyjne opisanie w pkt. 4.5.2.3 oraz do komór kompostowania 4.5.2.4. OPZ przebiegu poszczególnych faz technologicznych procesu przetwarzania odpadów w/w komorach, który wyklucza możliwość zaoferowania technologii zaproponowanej przez Odwołującego. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący poprzez rozszerzającą i przyjętą wyłącznie na własne potrzeby interpretację OPZ, używając wprowadzającej w błąd nomenklatury, próbuje nieudolnie „dopasować” wymagania technologiczne Zamawiającego do swojej oferty, która jednak tym wymaganiom nie odpowiada; Odwołujący zdaje się tym samym zapominać, że to wykonawca musi dostosować swą ofertę do precyzyjnych i nie podlegających na tym etapie dyskusji wymagań Zamawiającego a nie odwrotnie. Zamawiający wskazał, że dlatego też w zaistniałej sytuacji, wobec rażącej niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, Zamawiający nie mógł poddać jej ocenie i zmuszony był ją odrzucić. Wobec tak oczywistej niezgodności oferty DIMARK z treścią SIWZ i potwierdzonej nawet przez samego Odwołującego w treści odwołania [DIMARK wskazuje bowiem wprost w odwołaniu na odstępstwo w zakresie technologii oraz liczby hal, lecz próbuje je nieudolnie usankcjonować poprzez rozszerzającą interpretację OPZ, celowo unikając odniesienia się czy to do treści jego wcześniejszych wyjaśnień, czy to do argumentów przywołanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu do odrzucenia tej oferty], należy – zdaniem Zamawiającego - zakładać, że odwołanie zostanie oddalone w całości.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zawarte w odwołaniu zarzuty dotyczące Konsorcjum Eggersmann w ogóle nie powinny być przez Izbę merytorycznie rozpatrywane. W tym bowiem zakresie DIMARK nie posiada interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy i to niezależnie od ostatecznej oceny przez Izbę zarzutów dotyczących oferty samego Odwołującego, natomiast w razie hipotetycznego przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania [co jednak nie powinno nastąpić], ewentualne uwzględnienie zarzutów dotyczących Konsorcjum Eggersmann, które złożyło ofertę z wyższą ceną, nie będzie miało żadnego wpływu na wynik postępowania. Okoliczność zaś, że Odwołujący formułuje oparte na wątpliwych podstawach zarzuty wobec oferty Konsorcjum Eggersmann dowodzą jedynie, iż odwołanie stanowi desperacką próbę zmiany niesatysfakcjonującego DIMARK rozstrzygnięcia i ma na celu raczej przedłużenie postępowania a nawet doprowadzenie do jego unieważnienia, z powodów o których szerzej mowa w dalszej części niniejszego wniosku. Takie działanie nie powinno zasługiwać na ochronę.

W zakresie „interesu publicznego w realizacji przedmiotu zamówienia”, Zamawiający podał, że przedmiot zamówienia pn. *„Budowa instalacji do odzysku odpadów biodegradowalnych zlokalizowanej w Poznaniu”* obejmuje swym zakresem realizację instalacji fermentacji odpadów, instalacji kompostowania odpadów po fermentacji oraz realizację obiektów infrastruktury związanej z obsługą podstawowych segmentów technologicznych [„Kompostownia”]. Realizacja tej inwestycji leży – zdaniem Zamawiającego - w szczególnie ważnym interesie publicznym, o czym świadczą następujące okoliczności:

1. Konieczność budowy Kompostowni ze względu na obecne ograniczone możliwości zagospodarowania odpadów biodegradowalnych aglomeracji poznańskiej. Budowa Kompostowni ma istotne znaczenie dla funkcjonowania gospodarki odpadami szczególnie dużej społeczności występującej na terenie aglomeracji poznańskiej. Realizacja inwestycji została bowiem przewidziana dla zaspokajania potrzeb wspólnot samorządowych z obszaru Regionu II gospodarki odpadami komunalnymi, określonego w uchwale Nr XXV/441/12 Sejmiku Województwa Wielkopolskiego z dnia 27 sierpnia 2012 roku w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla województwa wielkopolskiego na lata 2012-2017 [„WPGO 2012”]. Inwestycja bezpośrednio dotyczy interesów 738 104 osób, zamieszkujących nie tylko Poznań, ale również gminy Oborniki, Buk, Czerwonak, Kleszczewo, Kostrzyn, Murowana Goślina, Pobiedziska, Suchy Las i Swarzędz. Zgodnie z WPGO 2012 dla Regionu II, poziomy niezbędnych mocy przerobowych zbieranych selektywnie odpadów ulegających biodegradacji na przestrzeni lat 2012 - 2023 wyniosą od 14 309 Mg/rok do 63 656 Mg/rok. Tymczasem w chwili obecnej jedyną instalacją do przetwarzania zbieranych selektywnie odpadów ulegających biodegradacji i odpadów zielonych jest kompostownia otwarta pryzmowa prowadzona przez Zamawiającego w Poznaniu na terenie składowiska m. Poznania w Suchym Lesie. Z uwagi na ograniczenia lokalizacyjne, a w konsekwencji technologiczne, posiada ona jednak dość małą przepustowość, pozwalającą na przetwarzanie rocznie jedynie do 10 000 Mg. Budowa Kompostowni zapewni natomiast możliwość fermentacji odpadów biodegradowalnych na poziomie min. 30 000,00 Mg rocznie.

2. Likwidacja zagrożeń wynikających z funkcjonowania kompostowni pryzmowej. Funkcjonująca obecnie kompostownia pryzmowa, stwarza znaczne niedogodności pobliskim gospodarstwom domowym znajdującym się w mieście Poznaniu-dzielnica Morasko oraz Gminy Suchy Las. Efektem tego są częste petycje mieszkańców, którzy powołując się na zagrożenie dla zdrowia i środowiska domagają się zamknięcia obiektu ze względu na dolegliwe emisje zapachów, które związane są z technologią stosowaną w obecnej kompostowni pryzmowej. W załączeniu Zamawiający przedstawia kopię artykułu z „Gazety Sucholeskiej”, który zawiera informację z ostatniego spotkania pracowników Zamawiającego

z mieszkańcami dotyczącego przede wszystkim tej sprawy. Nie ulega zatem wątpliwości, iż powstanie Kompostowni znacząco poprawi warunki życia pobliskich mieszkańców, i to nie tylko ze względu na nową, korzystniejszą lokalizację, ale przede wszystkim ze względu na technologię opartą na zamkniętym i hermetycznym systemie kompostowania.

Zamawiający powołał się następnie na realizację wymagań unijnych oraz istotnych celów społeczno-gospodarczych i środowiskowych, wskazując, że konieczność realizacji instalacji do przetwarzania odpadów biodegradowalnych jaką jest Kompostownia, wynika również z obowiązku selektywnego zbierania tych odpadów i potrzeby efektywnego zagospodarowania odpadów biodegradowalnych z wykorzystaniem energii zawartej w odpadach, co jest priorytetowym sposobem przetwarzania odpadów biorąc pod uwagę określoną w dyrektywie 2008/98/UE hierarchię postępowania z odpadami. Kompostownia stanowić będzie tzw. odnawialne źródło energii, co przełoży się korzystnie na zmniejszenie ilości zużywanych paliw kopalnych, pozytywnie wpłynie na dywersyfikację dostaw energii oraz powstawanie rozproszonych źródeł energii. Zamawiający podał, że znaczna nadwyżka wytwarzanej w instalacji energii elektrycznej zużywana będzie przez pobliskich mieszkańców. Realizowana inwestycja z racji swojej innowacyjności i ukierunkowania na efektywne zagospodarowanie znaczącego strumienia odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przyczyni się również do realizacji szeregu celów społeczno-gospodarczych, tj.:

- zwiększenie odzysku energii ze źródeł odnawialnych,
- zmniejszenie emisji metanu, niezwykle istotnego czynnika zwiększającego tzw. efekt cieplarniany, oraz innych szkodliwych gazów do atmosfery,
- ograniczenie uciążliwości powodowanych przez składowanie odpadów biodegradowalnych [emisje odorów, emisje odcieków do gleby],
- zmniejszenie ilości składowanych odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, ograniczenie zużycia paliw kopalnych poprzez efektywny odzysk energii z odpadów, wzrost liczby mieszkańców objętych zaawansowanym systemem selektywnej zbiórki,
- wzrost zatrudnienia z racji powstania nowych miejsc pracy,
- powstanie obiektu o wysokich walorach edukacyjnych.

Ponadto, zdaniem Zamawiającego, realizacja projektu przyczyni się także do wdrażania idei ekorozwoju poprzez szeroko rozumiane ograniczanie zanieczyszczenia środowiska:

- ograniczenie ilości odpadów deponowanych na składowiskach, relatywnie zmniejszenie zapotrzebowania na powierzchnię do składowania,

- wprowadzenie efektywniejszego systemu gospodarki odpadami, m.in. ze względu na organizację transportu i zmniejszenie liczby niezbędnych dla systemu składowisk wpłynie na zmniejszenie emisji CO<sub>2</sub>; ułatwi to również nadzór i kontrolę nad funkcjonowaniem elementów systemu i sprawne nimi zarządzanie,
- odzysk surowców z odpadów będzie pozytywnie wpływał na ograniczenie degradacji środowiska i zmniejszenie zapotrzebowania na surowce naturalne, z kolei odzysk energii z odpadów zmniejszy zapotrzebowanie na paliwa kopalne,
- ograniczenie ilości odpadów ulegających biodegradacji składowanych na składowisku poprzez ich odzysk pozwoli na wykorzystanie ich potencjału nawozowego i strukturotwórczego [kompost] oraz na odzysk biogazu na cele energetyczne,
- zapewnienie wysokiego poziomu ochrony środowiska ze względu na wdrożenie technik i technologii spełniających warunki najlepszych dostępnych technik [BAT], bezpieczne dla środowiska unieszkodliwienie odpadów pozbawionych wartości materiałowych i energetycznych.

Zamawiający wskazał następnie, na dodatkowe korzyści wynikające z budowy Kompostowni, podkreślając, że budowa nowej Kompostowni, pozwala nie tylko na usunięcie istotnych niedomagań systemu zagospodarowania odpadów biodegradowalnych, lecz również zapewnia zwiększenie efektywności całego systemu ochrony środowiska aglomeracji poznańskiej. Kompostownia będzie bowiem uzupełnieniem technologicznym dla realizowanego obecnie w Poznaniu projektu instalacji przetwarzania odpadów komunalnych reszkowych [zmieszanych] wytwarzanych na obszarze Regionu II tj. Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów Komunalnych [Spalarnia]. W tym kontekście, Kompostownia jest ściśle powiązana z przedsięwzięciem o znaczeniu europejskim, z uwagi na to, iż projekt spalarni jest pilotażowym projektem promowanym obecnie przez Komisję Europejską. Ponadto, w wyniku szczegółowych badań poprzedzających postępowanie Zamawiający ustalił, że dla optymalizacji przedsięwzięcia należy zapewnić możliwość wykorzystywania poddawanych fermentacji odpadów jako odnawialnego źródła energii, co znalazło odzwierciedlenie w SIWZ. Budowa Kompostowni wywoła nie tylko pozytywne skutki organizacyjne i ekonomiczne, lecz również edukacyjne i wizerunkowe w zakresie wdrażania przez administrację w Polsce idei zrównoważonego rozwoju w odniesieniu do ochrony środowiska.

W zakresie negatywnych skutków niezawarcia umowy, przewyższających potencjalne korzyści związane z ochroną wątpliwego interesu Odwołującego, Zamawiający podniósł, że objęta postępowaniem inwestycja ma kluczowy charakter dla całego systemu gospodarki odpadami w aglomeracji poznańskiej, a jej realizacja leży niewątpliwie w interesie

publicznym. Brak niezwłocznego zawarcia umowy z wybranym wykonawcą uniemożliwi jednak całkowicie realizację inwestycji, a tym samym interes publiczny nie zostanie zaspokojony i odnośne założenia WPGO 2012 nie zostaną wypełnione, zaś Zamawiający utraci pozyskane na inwestycję dofinansowanie ze środków unijnych oraz możliwość skorzystania z udzielonych preferencyjnych pożyczek z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej [NFOŚiGW] oraz Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Poznaniu [WFOŚiGW w Poznaniu]. W konsekwencji, negatywne skutki niezawarcia umowy de facto przewyższają będą potencjalne korzyści związane z ochroną interesu Odwołującego, który jak wskazano powyżej, wbrew gołosłownym twierdzeniom Odwołującego nie doznał uszczerbku, zaś odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło w zgodzie z przepisami. Tym samym, skutki niezawarcia umowy w określonym terminie mają rozmiar i doniosłość tak dużą że należałoby je przedłożyć ponad prawo Odwołującego do ochrony jego wątpliwego interesu.

Zamawiający podkreślił wreszcie obiektywną niemożliwość zrealizowania zamówienia z uwagi na upływający termin „ważności” decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. O konieczności natychmiastowego zawarcia umowy z wybranym wykonawcą przesądza, zdaniem Zamawiającego, przede wszystkim okoliczność, iż w dniu 28 października 2014 roku wygasa możliwość posługiwania się decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach do celów inwestycyjnych. Termin taki wynika z art. 72 ust. 3 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, zgodnie z którym decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach dołącza się do wniosku o wydanie późniejszych chronologicznie w procesie budowlanym decyzji, takich jak np. pozwolenie na budowę, w terminie 4 lat od dnia, w którym decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach stała się ostateczna. Wyłącznie w okresie jej ważności możliwe jest zatem złożenie przez wykonawcę wniosku o pozwolenie na budowę Kompostowni, co jest jego głównym obowiązkiem umownym. Załącznikiem do takiego wniosku jest natomiast projekt budowlany, który w ramach realizacji zamówienia sporządzić ma wykonawca. Oczywistym jest wobec tego, że aby inwestycja w ogóle została zrealizowana wykonawca będzie musiał jeszcze przed tym terminem opracować projekt budowlany uwzględniający wymogi Zamawiającego zawarte w PFU, a następnie przygotować i złożyć kompletny wniosek o pozwolenie na budowę. Ze względu na stopień skomplikowania projektu i zakładaną pracochłonność ww. czynności, należy zakładać, że aby złożenie ww. wniosku w terminie ważności decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach było w ogóle możliwe, profesjonalny wykonawca będzie na te czynności potrzebował ok. 3 tygodni. Jest to przy tym okres absolutnie minimalny i jakiegokolwiek jego skrócenie spowoduje brak możliwości wywiązania się

wykonawcy z jego zobowiązań w okresie ważności ww. decyzji. Z tych przyczyn, umowa musi zostać podpisana nie później niż do dnia 3 października br. zawarcie umowy po tej dacie stanie się bezprzedmiotowe, a umowne zobowiązanie wykonawcy do wykonania ww. czynności, a w dalszej kolejności do wybudowania Kompostowni niemożliwe do wykonania. Trzeba przy tym zaznaczyć, że zgodnie z treścią SIWZ oraz przyjętym w postępowaniu wzorem umowy, termin realizacji zamówienia jest określony w sposób sztywny i nie podlegający zmianom, tj. wykonawca jest zobowiązany do:

a) wykonania Robót budowlanych wraz z podpisaniem protokołu odbioru do 23 grudnia 2015 r.; termin uzyskania pozwolenia na użytkowanie to maksymalnie 25 dni od daty podpisania protokołu odbioru Robót budowlanych i przekazania instalacji Zamawiającemu;

b) przeprowadzenia prób, rozruchu technologicznego i szkoleń wraz z podpisaniem protokołu wykonania tych prac do 30 czerwca 2016 r.

Niedochowanie terminu wynikającego z okresu, w którym można posłużyć się przywołaną decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach sprawi, że zrealizowanie przedmiotu zamówienia stanie się całkowicie niemożliwe ze względu na brak pozwolenia na budowę. Z tego powodu bezprzedmiotowe stanie się również zawarcie przez Zamawiającego umów z wykonawcami dostarczającymi ładowarkę kołową, ładowarkę przeładunkową oraz kontenery do transportu odpadów, wybranymi w ramach odrębnego postępowania prowadzonego równoległe przez Zamawiającego pn. *„Kontrakt nr 2: Dostawa pojazdów specjalistycznych do obsługi instalacji do odzysku odpadów biodegradowalnych zlokalizowanej w Poznaniu”*, bezpośrednio związanej z realizacją Kompostowni.

Z powyższego wynika, zdaniem Zamawiającego, że niezawarcie umowy przed zakończeniem postępowania odwoławczego doprowadzi do utraty jakichkolwiek szans na realizację przedmiotu niniejszego zamówienia oraz zamówień z nim powiązanych.

Zamawiający powołał się na szkody finansowe wynikłe z niezawarcia umowy, wskazując, że niezawarcie umowy przed zakończeniem postępowania odwoławczego skutkować będzie niemożnością skutecznego zawarcia umowy z jakimkolwiek wykonawcą, a tym samym niemożliwością realizacji zamówienia w ogóle [obecnie lub w najbliższej przyszłości] również z przyczyn związanych z zewnętrznym, ograniczonym w czasie, finansowaniem inwestycji. Wobec braku własnych środków finansowych niezbędnych do realizacji Kompostowni, Zamawiający złożył wniosek o wsparcie finansowe z Funduszu Spójności w ramach działania 2.1 Kompleksowe przedsięwzięcia z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi ze szczególnym uwzględnieniem odpadów niebezpiecznych,



priorytetu II Gospodarka odpadami i ochrona powierzchni ziemi Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007 - 2013. Wniosek ten został rozpatrzony pozytywnie i w dniu 12 września b.r. doszło do podpisania umowy o dofinansowanie z WFOŚiGW w Poznaniu na kwotę ok. 22 mln zł, co stanowi ok. 38 % kosztów realizacji Kompostowni. Bez tak istotnego wsparcia finansowego, realizacja Kompostowni nie byłaby możliwa ze środków własnych Zamawiającego. Dofinansowanie powyższe dotyczy przy tym bieżącej perspektywy finansowej i zgodnie z zawartą umową musi być przez Zamawiającego wykorzystane i rozliczone najpóźniej do 31 grudnia 2015 roku. Z tą też datą są ściśle związane sztywne i niezmiennie terminy realizacji zamówienia wskazane w pkt. 1 powyżej [tj. przede wszystkim zakończenie i odbiór robót realizowanych przez wykonawcę z końcem grudnia 2015 r.].

Powyższa dotacja UE nie jest jedynym zewnętrznym wkładem w finansowanie inwestycji. Zamawiający uzyskał preferencyjne pożyczki z NFOŚiGW na kwotę ok. 22 mln zł oraz WFOŚiGW w Poznaniu na kwotę 12,8 mln zł z terminem ich wykorzystania odpowiednio w 2015 oraz 2014 r.

Jak wynika z powyższego, środki własne Zamawiającego stanowiąc będą marginalny wkład w sfinansowanie Kompostowni [szacunkowo jedynie około 1 %] i bez zewnętrznego finansowania, zwłaszcza dotacji ze środków UE, realizacja inwestycji nie byłaby możliwa.

Jeżeli zatem nie dojdzie do niezwłocznego zawarcia umowy z wybranym wykonawcą przed zakończeniem postępowania odwoławczego, to Zamawiający nie będzie w stanie wykorzystać i rozliczyć w odpowiednim terminie dofinansowania unijnego pozyskanego przez niego na realizację Kompostowni i to dofinansowanie utraci. Niemożliwe będzie również skorzystanie z planowanych preferencyjnych pożyczek. Tymczasem zwłaszcza bez dotacji UE, która stanowi formę bezzwrotnej pomocy w tym kosztowym przedsięwzięciu, budowa Kompostowni jest niemożliwa, co wykazały analizy finansowe opracowane przez Zamawiającego w ramach kompleksowych badań poprzedzających Postępowanie i decyzję o jego wszczęciu. Jakkolwiek oczywistym jest dla Zamawiającego, że interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem finansowym zamawiającego, nie należy również zapominać, że niezawarcie umowy spowoduje nie tylko utratę dofinansowania, ale również żadnego efektu nie przyniosą znaczne środki finansowe zainwestowane już dotychczas przez Zamawiającego na potrzeby profesjonalnej realizacji inwestycji, w tym przygotowania postępowania.

Zamawiający wskazał następnie na „interes, który błędnym zdaniem Odwoływającego może doznać uszczerbku”, zauważając, że jakkolwiek wobec powyższych argumentów nie ulega wątpliwości, iż budowa Kompostowni leży w interesie publicznym, który zasługuje na

szczególną ochronę, to dodatkowo wskazać należy, że skala negatywnych skutków wynikłych z braku niezwłocznego zawarcia umowy jest nieporównywalnie większa niż skala interesów, które potencjalnie mogłyby doznać uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu, kwestionowanych przez Odwołującego. W okolicznościach postępowania nie może być mowy o jakimkolwiek nieprawidłowym działaniu Zamawiającego wobec czego nie istnieje w ogóle taki interes Odwołującego, który mógłby doznać uszczerbku. W ocenie Zamawiającego odwołanie wykonawcy DIMARK nie ma szansy powodzenia i zmierza wyłącznie do przedłużenia postępowania, a w efekcie do niezawarcia umowy z żadnym z wykonawców. Znamienne, że Odwołujący w odwołaniu nie wskazuje jakichkolwiek dowodów na poparcie swych chybionych twierdzeń, nie odnosi się w ogóle do swych wyjaśnień poprzedzających odrzucenie ani do argumentów przywołanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu, a jedynymi okolicznościami, na których jego zdaniem Izba powinna oprzeć swój wyrok są jego subiektywne interpretacje faktów. Odwołujący doskonale zdaje sobie sprawę z terminowych i finansowych uwarunkowań realizacji inwestycji i w przeświadczeniu Zamawiającego składając gołosłowne i wysoce wątpliwe odwołanie próbuje jedynie storpedować postępowanie doprowadzając poprzez postępowanie odwoławcze [niezależnie od jego wyniku], do wygaśnięcia decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, co jak wskazano powyżej oznacza brak podstaw do skutecznego zawarcia umowy w sprawie zamówienia z jakimkolwiek wykonawców [zobowiązanie wynikające z umowy staje się niemożliwe do wykonania i nieważne według zasady „impossibilium nulla obligatio est]. W efekcie odwołanie zmierza de facto do unieważnienia postępowania. Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, nie powinno, zdaniem Zamawiającego, budzić wątpliwości, że wybudowanie Kompostowni stanowi interes publiczny szczególnej wagi oraz że grożące negatywne skutki dla interesu publicznego w związku z nie zawarciem umowy w najbliższych dniach, jeszcze przed zakończeniem postępowania odwoławczego, przewyższają korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu.

Zamawiający podkreślił dotychczasowy przebieg realizacji inwestycji, wskazując, że dochował wszelkiej należytej staranności realizując inwestycję na wszystkich jej etapach, poczynszyszy od procesu planowania aż do organizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na długo przed wejściem w życie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, która nakłada obecnie obowiązek selektywnego zbierania odpadów, Zamawiający rozpoczął przygotowania do rozbudowy infrastruktury zagospodarowania odpadów biodegradowalnych odpowiednio do potrzeb aglomeracji poznańskiej. Już w 2010 r. Zamawiający przystąpił do wykonania wszelkich czynności związanych z realizacją przedsięwzięcia, które

w ówczesnych uwarunkowaniach [głównie finansowych] mógł i powinien być jako profesjonalista wykonać. Z końcem 2010 r. Zamawiający pozyskał decyzję Prezydenta Miasta Poznania o środowiskowych uwarunkowaniach oraz decyzję Prezydenta Miasta Poznania o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego [kopie decyzji w załączeniu]. W kolejnych latach Zamawiający opracowywał wszechstronnie koncepcję budowy Kompostowni oraz występował o kolejne niezbędne dla realizacji przedsięwzięcia dokumenty. W roku 2013 pozyskał dodatkowo m.in. decyzją Enea Operator Sp. z o.o. o warunkach przyłączenia do sieci energetycznej, która była niezbędna do przygotowania postępowania oraz zgodę podłączenia do sieci wodociągowej. W tym samym roku podjęto przygotowania do organizacji postępowania. W szczególności w lipcu 2013 r. Zamawiający złożył wniosek o wsparcie finansowe z Funduszu Spójności [Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007 - 2013] - jak wskazano jego pozyskanie jako kluczowe dla realizacji inwestycji determinowało wszczęcie postępowania. Będąc spółką miejską Zamawiający nie był również uprawniony do wszczęcia postępowania bez odpowiedniej uchwały miasta Poznania, na terenie którego Kompostownia jest realizowana. Uchwałę taką Rada Miasta Poznania podjęła dopiero 20 maja 2014 r. [uchwała nr LXVII/1061A/I/2014]; na jej mocy doszło do powierzenia Zamawiającemu obowiązkowego zadania własnego Miasta Poznania z zakresu gospodarowania odpadami zielonymi i biodegradowalnymi, co stanowiło formalną podstawę dla Zamawiającego do ogłoszenia postępowania. W tym kontekście, dzięki wcześniejszym wysiłkom Zamawiającego, możliwe było bezzwłoczne [wymagające jedynie kosmetycznych prac i zatwierdzenia dokumentów] ogłoszenie przetargu już w czerwcu 2014 r. Powyższe dowodzi, zdaniem Zamawiającego, że Zamawiający działał wzorcowo na etapie przygotowania postępowania, a nawet z dużym wyprzedzeniem pomimo braku odpowiedniego finansowania oraz uchwały miasta Poznania, upoważniającej Zamawiającego do działania w tym zakresie, i nie sposób zarzucić mu opieszałości.

Podsumowując, zamawiający wskazał następujące wnioski:

1. Oceniając możliwości złożenia niniejszego wniosku Zamawiający kierował się podzielanym przez Izbę stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego [Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., sygn. W (8/96)], iż za interes publiczny należy uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego. Przedstawiona we wniosku argumentacja

jednoznacznie przesądza, iż finalizacja postępowania i budowa Kompostowni leżą w interesie publicznym.

2. Waga wskazanych okoliczności i uwarunkowań, które skłoniły Zamawiającego do budowy Kompostowni nakazuje twierdzić, że realizowany interes jest szczególnie doniosły i ma znaczenie nie tylko lokalne, ale pośrednio również europejskie z uwagi na włączenie Kompostowni do projektu Spalarni w charakterze komplementarnego jej elementu.

3. Skutkiem niezawarcia umowy przez zakończeniem postępowania odwoławczego będzie konieczność rezygnacji z budowy Kompostowni, co zostało szczegółowo uargumentowane z precyzyjnym określeniem związku przyczynowo-skutkowego i na dowód czego Zamawiający załączył stosowne dokumenty.

4. Interes publiczny realizowany w postępowaniu w sposób oczywisty przewyższa wątpliwy interes Odwołującego. Odwołanie DIMARK jest bowiem całkowicie bezzasadne, zaś odstępstwo zaoferowanego przedmiotu zamówienia od jednoznacznych wymogów OPZ jest rażące i należy zakładać, że odwołanie zostanie oddalone w całości.

5. Wobec spełnienia wszystkich przesłanek wskazanych w art. 182 ust. 3 ustawy, wniosek zasługuje na uwzględnienie, oraz wydanie postanowienia o uchyleniu zakazu zawarcia umowy.

**Biorąc pod uwagę argumentację zaprezentowaną we wniosku Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z treścią przepisu art. 183 ust. 2 ustawy, dopuszczalne jest uchylenie przez Krajową Izbę Odwoławczą zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, jeżeli niezawarcie umowy mogłoby spowodować negatywne skutki dla interesu publicznego, przewyższające korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zatem, aby przywołany przepis mógł mieć zastosowanie, niezbędne jest kumulatywne wykazanie wszystkich przesłanek w nim określonych, tymczasem Zamawiający podnosząc argumenty uzasadniające zastosowanie tej instytucji nie wykazał ich zaistnienia.

W oparciu o powyższe ustalono, iż Zamawiający nie wykazał we wniosku okoliczności uzasadniających uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku

lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, w tym że niezwarcie umowy przed tym rozstrzygnięciem mogłoby spowodować doniosłe negatywne skutki dla interesu publicznego. Zamawiający nie wykazał w szczególności, by istniało realne i przewidywane najbliższym czasie zagrożenie dla interesu publicznego w wyniku niezawarcia umowy przed rozstrzygnięciem odwołania.

Podkreślenia następnie wymaga, że potrzeba sprawnego wykonania inwestycji, dochowania terminów, wynikających z harmonogramu jej realizacji, która to inwestycja stanowi przedmiot zamówienia, powinna być wkomponowana w sposób i czas przeprowadzenia poszczególnych czynności postępowania. Te okoliczności powinny być przez Zamawiającego uwzględnione w ramach tego postępowania. Każdorazowo, prowadząc postępowanie o zamówienie publiczne, Zamawiający jest dysponentem czynności tego postępowania i jego czas trwania leży w gestii Zamawiającego. W czas tego postępowania jest wkomponowana możliwość korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Zamawiający, który w dniu 12 września 2014 r. rozstrzygnął postępowanie musi liczyć się z tym, że jego decyzja może zostać poddana kontroli w ramach środków ochrony prawnej i – po myśli art. 189 ust. 1 ustawy - musi brać pod uwagę, że umowa nie będzie mogła być zawarta przez dodatkowy czas, do jakiego Krajowa Izba Odwoławcza wyda rozstrzygnięcie. Oznacza to konieczność uwzględnienia, że w co do zasady, w ciągu dziesięciu dni od rozstrzygnięcia postępowania, wykonawcy niezadowoleni z jego wyniku, mogą złożyć odwołanie, oraz że to odwołanie będzie podlegało rozstrzygnięciu przez Krajową Izbę Odwoławczą. Prawidłowo działający zamawiający, podejmujący czynności w postępowaniu z należytą starannością, musi uwzględniać także czynności, które pozostają poza jego sferą, tak możliwość skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Tego rodzaju ryzyka winny być uwzględnione w harmonogramie działań zamawiającego.

Zatem możliwość i skutki skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej obciążają Zamawiającego. Prowadzenie postępowania odwoławczego nie może bowiem uzasadniać uczynienia wyjątku od zasady, że umowę można zawrzeć po dokonaniu ostatecznego wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający powinien bowiem liczyć się w toku swoich czynności z tym, że mogą być one kwestionowane przez wykonawców a tym samym powinien uwzględniać fakt, że wykonawcy skorzystają ze środków ochrony prawnej, co może wpływać na założony termin zawarcia umowy i rozpoczęcia prac wynikających z zamówienia. Zamawiający zatem w toku podejmowanych czynności powinien był zatem założyć odpowiedni czas na przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, jak i uwzględnić w nich uprawnienie uczestników postępowania do korzystania ze środków

ochrony prawnej. Nie może być tak, że wystąpienie negatywnych konsekwencji dla interesu publicznego, uzasadniające uchylenie zakazu zawarcia umowy będzie następstwem niewłaściwego, nadmiernie optymistycznego szacowania trwania postępowania.

Także fakt, że w określonej dacie [28 października 2014 r.] wygasa decyzja środowiskowa, obciąża Zamawiającego. Zamawiający który poprawnie prowadzi postępowanie, powinien tak zaplanować jego czynności, że po otwarciu ofert nie tylko zbada oferty, dokona wszystkich wymaganych przepisami czynności, a wreszcie dokona wyboru najkorzystniejszej oferty, ale także przed upływem kluczowych dla realizacji zamówienia terminów założy dodatkowy czas, jaki jest potrzebny, na ewentualne skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Tymczasem Zamawiający, z jednej strony podkreślając bardzo wczesne podjęcie starań o wdrożenie ustawy o odpadach, z drugiej wskazuje na zagrożenie terminu realizacji zamówienia, na zachowanie którego to terminu od samego początku miał wpływ.

Ponadto, powołanie się Zamawiającego na bezzasadność wniesionego odwołania, w niniejszym postępowaniu - o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed rozpatrzeniem odwołania przez Izbę - jest bezprzedmiotowe, gdyż Izba przy rozpatrywaniu tego wniosku nie bada zasadności odwołania, lecz zasadność wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Tym samym, Zamawiający nie wykazał, iż wskutek braku natychmiastowego zawarcia umowy w niniejszym postępowaniu powstaną negatywne skutki dla interesu publicznego w stopniu przewyższającym korzyści związane z koniecznością ochrony wszystkich interesów, w odniesieniu, do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku w wyniku czynności przez niego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym indywidualnego interesu wykonawcy, który wniósł odwołanie.

W tym stanie rzeczy, nie jest możliwe odstąpienie od zasady zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia do momentu ogłoszenia wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Z uwagi na powyższe Izba postanowiła jak w sentencji na podstawie art. 183 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 183 ust. 4 zdanie drugie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.], na niniejsze postanowienie nie przysługuje skarga.

**Przewodniczący:**